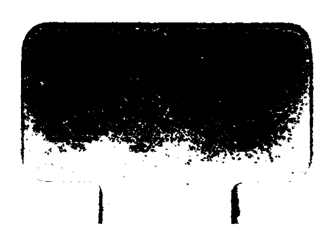
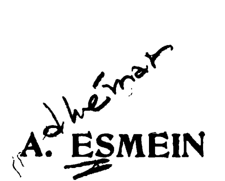


ESMEIN

L'ORIGINALITE DU CODE CIVIL

1904





A. ESMEIN

PROFESSEUR D'HISTOIRE DU DROIT PUBLIC FRANÇAIS A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS, MEMBRE DE L'INSTITUT

L'originalité du Code civil

EXTRAIT DU

LIVRE DU CENTENAIRE

DU CODE CIVIL

PUBLIÉ PAR

LA SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES

PARIS

ARTHUR ROUSSEAU, EDITEUR

14, RUE SOUFFLOT, 14

1904

A. ESMEIN

Professeur d'histoire du Droit public français à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris, Membre de l'Institut

L'originalité du Code civil

L'ORIGINALITÉ DU CODE CIVIL

Lorsqu'en 1804 le Code civil sortit, clair et harmonique, de sa longue préparation, la France — et c'était justice — le reçut comme un grand bienfait longtemps attendu. Mais l'opinion ne s'en tint pas là. Bientôt, en France et à l'étranger, le Code civil apparut comme une création puissante et neuve. Le premier Empire le revendiqua comme une de ses gloires et peu s'en fallut que la légende le fît sortir tout entier du génie de Napoléon, comme Minerve du cerveau de Jupiter. Cependant lorsqu'on analyse la substance de cette grande œuvre, lorsqu'on suit l'histoire de sa rédaction, l'illusion se dissipe. Presque tout ce qu'il contient a été fourni par le droit du passé — l'ancien droit français, — ou par le droit de la veille — celui de la Révolution ; les éléments vraiment neufs se réduisent à peu de chose. Les rédacteurs du Code, les bons ouvriers de cette formidable tâche, ne prétendaient aucunement à être des créateurs ; c'étaient des disciples et non des prophètes.

I

Les hommes de la Révolution avaient eu tout d'abord l'idée et le désir d'un Code civil tout différent. Celui qu'ils rêvaient devait être surtout l'expression de ce droit naturel, dont les théories étaient alors maîtresses de tous les esprits cultivés.

Il devait être, par suite, simple comme la nature et parler à tous les esprits aussi bien qu'à tous les cœurs. Il devait être si clair que tout citoyen, tout adulte, pourrait en comprendre les dispositions sans autre secours que celui de l'intelligence naturelle à tout homme. Le jeune Français, formé par la Liberté, devait en traduire instinctivement les principes, comme le jeune Télémaque, élevé par Mentor, retrouvait la pensée de Minos, aux yeux émerveillés des vieillards de la Crète.

Ces idées étaient si répandues et si puissantes, qu'elles séduisirent momentanément des hommes tels que Sieyès et Cambacérès. On les constate surtout dans les débats qui se déroulèrent, devant les assemblées de la Révolution, sur l'institution du jury civil.

A l'Assemblée constituante, Sieyès, qui était un ardent partisan de cette institution, avait rédigé, pour l'établir, un plan qui réunit un moment la

majorité du Comité de Constitution. Avec sa vue pénétrante, il ne s'était point dissimulé les difficultés et les objections, et, pour écarter la plus grave — la difficulté de séparer le fait et le droit — il proposait de soumettre au jury la question de droit aussi bien que la question de fait. Mais cela pouvait-il se faire? Sieyès reconnaissait qu'actuellement cela était impossible avec un jury commun, composé de citoyens pris indifféremment dans toutes les classes de la Nation ; aussi proposait-il, pour commencer, un jury où domineraient, formant la grande majorité, des hommes de loi. Mais pourquoi cela était-il impossible? Uniquement à cause de la diversité et de la complexité des lois françaises. Mais lorsque serait rédigé le futur Code civil, l'obstacle n'existerait plus et l'on pourrait soumettre toutes les questions de droit aux jurés ordinaires. « Si nous pouvions, disait-il, nous transporter à l'époque, plus ou moins éloignée, où les lois seront à la portée de tous ceux qui doivent les observer, et où ceux-ci seront plus en état de les connaître, vous m'accorderez sans doute, non seulement que les jurés seront très propres à décider les questions judiciaires, mais encore qu'ils vaudront bien mieux pour cette fonction que les juges. En effet, placez-vous au moment où un citoyen commettra un délit soit contre la propriété, soit contre la liberté, c'est-à-dire au moment où il manque à la loi, n'est-il pas vrai que les hommes les plus aptes à connaître la loi qu'il enfreint, sont ses *pairs*, c'est-à-dire ceux qui se rapprochent de sa position par une similitude de devoirs et de relations? » (1). Et voici ce que contenait son projet à cet égard (art. 32) : « Les législatures suivantes s'occuperont de donner aux Français un nouveau Code uniforme de législation et une nouvelle procédure, réduits l'un et l'autre à leur plus parfaite simplicité » (2).

A la Convention les mêmes idées reparaissent et s'accentuent. C'est encore la question du jury en matière civile qui les provoque. C'est un des points qui ont été le plus vivement débattus dans la discussion de la Constitution de 1793. Cambacérès, qui veut en introduire le principe dans la Constitution, ne manque pas d'écarter l'objection tirée de l'ignorance des jurés en matière de droit : « La facilité de les établir sort de l'effet des décrets rendus par les représentants du peuple, depuis que le peuple a reconquis ses droits. Elle sort encore de la disposition par laquelle vous venez de décréter que ce Code des lois sera uniforme pour toute la Répu-

(1) Séance du 8 avril 1790, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. IV, p. 74. Le *Moniteur* déclare donner l'*opinion littérale* de M. l'abbé Sieyès.

(2) L'article 86 est, de son côté, ainsi conçu : « Quant à présent et jusqu'à ce que la France soit purgée des différentes coutumes qui la divisent et qu'un nouveau Code complet et simple ait été promulgué pour tout le royaume, tous les citoyens connus aujourd'hui sous le nom de *gens de loi* et actuellement employés en cette qualité seront de droit inscrits sur le tableau des éligibles pour les jurys ».

blique. Remarquez, citoyens, que l'une des grandes objections contre la mesure que je propose est l'impossibilité de séparer matériellement le fait du droit dans la plupart des contestations qui divisent les hommes. Eh bien ! je réponds qu'à l'avenir les procès ne présenteront presque jamais que des points de fait à éclaircir et que la plupart d'entre eux seront terminés par un rapport d'experts ou par une preuve testimoniale. Les dîmes n'existent plus ; la matière bénéficiale a disparu pour jamais ; les droits féodaux sont éteints ; vous avez anéanti les substitutions et abrogé la faculté de tester en ligne directe. Cette faculté sera vraisemblablement modifiée en ligne collatérale. Il ne peut rester aux tribunaux d'autre litige que celui qui dérive des questions d'état, des actions possessoires et de l'exécution des contrats » (1). Thuriot, avec plus de prudence, parle dans le même esprit : « L'institution des jurés au civil est belle ; mais il faut attendre le nouveau Code qui n'aura pas sa perfection avant deux ans » (2). Chabot, qui veut mettre fin au règne des avocats comme à celui des despotes et des aristocrates, propose pour cela mieux encore que le jury civil ; il veut des arbitres, qui ne pourront point refuser cette fonction : « Décrétez qu'à un jour fixe, à un jour où les travaux du peuple sont suspendus, toutes les affaires seront discutées et jugées par des arbitres dans une assemblée générale des citoyens ». Il ne croit point à la complication nécessaire des lois, qu'avait signalée Robespierre : « Mais, a-t-on dit, notre Code civil est trop compliqué pour que chaque citoyen puisse l'appliquer. Mais c'est à vous qu'il appartient de créer l'esprit national par des lois sages. Les lois d'un grand peuple ne peuvent être simples, a dit Robespierre. Moi je prétends que le chef-d'œuvre de la nature est cette unité, cette simplicité dans les mouvements. Je prétends qu'elle a de même consacré le principe de l'unité des lois, pour toutes les nations, dans cette maxime simple : Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'on te fît à toi-même. Certes, si l'opinion de Robespierre était fondée, il faudrait renoncer au système républicain. Je sais que des publicistes, plus habiles à détruire qu'à édifier, ont dit que la République ne pouvait convenir qu'aux petits pays. Mais vous, citoyens, vous vous êtes élevés à la hauteur de la nature ; vous avez élevé vingt-cinq millions d'hommes à la qualité de républicains » (3).

Les articles ainsi discutés furent renvoyés au Comité de salut public, qui les avait préparés, et lorsqu'ils revinrent devant la Convention, le 19 juin 1793, les mêmes considérations furent encore présentées. Cambacérès repousse de nouveau cette objection : « La question de droit n'est

(1) Séance du 17 juin 1793, *Réimpression de l'Ancien Moniteur*, t. XVI, p. 672.
(2) Même séance, *ibid.*, p. 675.
(3) *Ibidem*, p. 677.

presque jamais séparée de la question de fait. — *Réponse* : Cela était vrai dans l'ancien état de la jurisprudence ; aujourd'hui il n'y aura que des questions de fait (faciles) à saisir, plus faciles encore à terminer. Je ne répète point ce que j'ai déjà dit à cet égard dans mes précédentes opinions... Hâtez-vous donc de réformer votre Code ; vous laisserez au moins des matériaux à vos successeurs et ne leur abandonnez pas l'avantage d'établir les jurés en matière civile » (1). Barrère, dans un discours très étudié, demande aussi l'institution du jury civil. Il veut « faire disparaître cette tourbe de corbeaux judiciaires, cette foule d'ennemis clandestins de la Révolution, en détruisant leur repaire... Avec les jurés une justice ambulatoire et *sans formes* assurera des jugements moins dispendieux ; c'est alors vraiment que la justice sera gratuite, impartiale et populaire. Avec les tribunaux vous éloignez l'établissement d'un Code *simple* et uniforme. Avec des jurés le Code civil devient nécessaire, et c'est le seul moyen qui puisse assurer cet établissement » (2). De même Chabot : « Demander l'établissement des jurés au civil, c'est demander *que tous les citoyens connaissent les lois*... c'est resserrer les liens de la fraternité... On objecte que le Code de nos lois n'est pas assez simple pour ce système ; il *faut le simplifier*. Vous convenez tous de l'avantage de cette institution, *moi*, *qui ne connais d'autre législation que celle de la nature*, je ne crois pas que cet ouvrage soit bien long » (3).

Sans doute, dans cette discussion, quelques voix s'élevèrent pour faire, tout au moins, des réserves : « C'est une folie, dit Hermann, de vouloir que toutes les lois soient à la portée de tout le monde » (4). Robespierre, qui ne veut pas du jury civil, pas plus qu'il ne veut de l'élection au scrutin direct pour les administrateurs et pour les juges, écarte la chimère des lois trop simples : « Nous faisons des lois pour un peuple dont les mœurs sont loin de cette simplicité qui rapproche l'homme de la nature ; *son Code civil ne peut être que très compliqué* » (5). Enfin Hérault-Séchelles, le rapporteur du Comité de salut public, déclare « qu'il ne peut exister avant un assez long espace de temps un Code uniforme de lois civiles ». Il ose même dans son discours citer Dumoulin ; il est vrai que c'est pour

(1) Séance du 17 juin 1793, *ibid.*, p. 695.

(2) *Ibidem*, p. 696 : Barrère reproduit les considérations émises par Cambacérès : « D'après les lois civiles faites, d'après les destructions produites par les trois assemblées, sur les substitutions, les retraits, les successions, les droits féodaux, les matières domaniales et les matières bénéficiales, vous n'avez plus que des questions de fait, des questions de contrats, sur *les actes possessoires et sur les questions de cas* ». S'il n'y a pas de faute d'impression dans le texte du *Moniteur*, Barrère n'avait pas bien compris : Cambacérès avait parlé des *actions possessoires et des questions d'état*, ci-dessus p. 5.

(3) *Ibibem*, p. 697.

(4) *Ibidem*, p. 672.

(5) *Ibidem*, p. 677.

réclamer avec lui que les juges opinent à voix haute (1). Mais le courant principal était bien marqué. C'était un Code aussi simple que nouveau que l'on voulait.

Les projets qui furent présentés à la Convention répondirent à ce vœu ; ou telle fut, du moins, l'intention de leurs auteurs. Il suffit de lire le rapport sur son premier projet que Cambacérès présenta à la Convention le 9 août 1793. C'est d'une œuvre absolument nouvelle qu'il s'agit, destinée à inaugurer, dans l'ordre civil, ce que la Constitution du 24 juin 1793 vient d'accomplir dans l'ordre politique. C'est la voix de la nature et celle de la raison qui se font entendre ; on a fait « l'entreprise de tout changer à la fois dans les écoles, dans les mœurs, dans les coutumes, dans les esprits, dans les lois d'un grand peuple » (2). Et comme « la vérité est une et indivisible » (3), ce n'est pas seulement pour la France que la Convention légifère ; c'est pour le monde entier ; j'en veux pour preuve cette phrase du rapporteur qui sonne comme un couplet de la *Marseillaise* : « O vous, enfants de la patrie ! vous qu'elle a chargés de porter dans cette enceinte l'expression de sa volonté souveraine, soyez témoins du zèle constant des fidèles représentants du peuple pour le salut de la République. Voyez le Code de lois civiles que la Convention prépare pour la grande famille de la Nation, comme le fruit de la liberté. La Nation le recevra comme le garant de son bonheur ; elle l'offrira un jour à tous les peuples qui s'empresseront de l'adopter, lorsque les préventions seront dissipées, lorsque les haines seront éteintes » (4). D'ailleurs, il est fait pour tous les hommes : « persuadés que toutes les sciences ont leur chimère, la nature est le seul oracle que nous ayons interrogé. Heureux, cent fois heureux, le retour filial vers cette commune mère » (5). Il est simple, « grand par sa simplicité même ». Il peut être compris de tous : « Le législateur travaille pour le peuple : il doit surtout parler au peuple ; il a rempli sa tâche lorsqu'il en est entendu » (6).

Cependant la Convention trouva ce premier projet trop compliqué, trop long, trop juriste. Le Comité de législation se remit au travail et le 23 fructidor an II, Cambacérès, en son nom, présenta un second projet en 297 articles : ce devait être encore « le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté » (7). Comme le dira plus tard son

(1) *Ibidem*, p. 703-4 : « C'est là le véritable *palladium* de la liberté ; c'était l'ancien usage. Le célèbre Dumoulin nous apprend que cet usage ne fut détruit que par la corruption et par l'ignorance ».

(2) Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, p. 11.

(3) Fenet, t. I, p. 3.

(4) Fenet, t. I, p. 11.

(5) Fenet, t. I, p. 10.

(6) Fenet, t. I, p. 3.

(7) Fenet, t. I, p. 109.

principal auteur devant le Conseil des Cinq-Cents : « le Comité de constitution s'était attaché singulièrement à séparer les principes des développements, les règles des corollaires *et à réduire l'ouvrage à un recueil de préceptes où chacun pût trouver les règles de sa conduite dans la vie civile* » (1). C'était là plutôt un manuel de morale pratique qu'un Code du droit civil ; et, d'ailleurs, on se trompait fort si l'on croyait, sous cette forme, parler plus clairement au peuple : les coutumes, qui sont l'expression de la pensée populaire, nous montrent que celle-ci procède tout autrement. L'œuvre n'aboutit pas ; mais ce fut la tentative la plus nette de la Révolution pour réaliser sa pensée première.

II

Lorsque la Convention eut accompli ses destinées et que, devant le pouvoir législatif qui lui avait succédé, l'élaboration du Code civil reprit son cours, ce fut encore Cambacérès qui apporta le nouveau projet devant le Conseil des Cinq-Cents en messidor an IV. Mais que l'esprit en avait changé ! Les yeux du législateur n'étaient plus fixés sur l'astre naissant qui devait le conduire vers un nouveau monde, et, sans répudier les principes essentiels de la Révolution, il tournait ses regards vers le passé, vers le droit national que les Français pratiquaient depuis des siècles.

Sans doute c'étaient toujours la nature et le droit naturel qui figuraient au premier plan (2). Mais l'état de nature et le droit naturel tenaient déjà une grande place dans les théories juridiques du XVIIe et surtout du XVIIIe siècle, et l'on reconnaît maintenant que « la meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et le progrès de la morale publique » (3).

Mais ce qui marque surtout le tournant de la voie, la reprise de la tradition momentanément interrompue, ce sont les références au droit romain (4) et à notre ancienne jurisprudence. Ce n'est pas seulement

(1) Fenet, t. I, p. 140.

(2) Rapport de Cambacérès, Fenet, t. I, p. 157 : « Les lois civiles, *toujours fidèles aux préceptes de la nature*... L'indissolubilité n'est point *une loi* de la nature ; elle ne saurait être une loi de la société conjugale ». — P. 169 : « *Dans l'état de nature* les conventions étaient simples et bornées ». — P. 149 : « Comme la nature n'assigne pas deux familles au même individu, l'adoption doit le rendre étranger à celle où l'avait placé la naissance ».

(3) Fenet, t. I, p. 148.

(4) Fenet, t. I, p. 143 : « La règle qui veut que le mariage indique le père ; quoique dans l'endroit où elle se rencontre, il ne soit question que d'un devoir de bienséance et de respect prescrit par le droit romain aux enfants qui appelleraient en justice leur père ou leur mère ». — P. 150 : (La puissance paternelle) « système atroce, que les Romains modifièrent aux jours de leur urbanité ». — P. 157 : « Nous avons préféré l'esprit de la

l'autorité de Montesquieu qui est invoquée, il est vrai, pour justifier les lois successorales de la Convention (1) ; c'est aussi celle de Pothier (2). On reprend expressément la tradition interrompue ; on se rattache formellement au droit ancien pour l'améliorer, et le parfaire (3). Enfin on se montre disposé à transiger sur les principes proclamés par la Révolution ; on admet qu'en présence d'enfants naturels « il soit attribué une portion avantageuse aux enfants nés dans le mariage » (4). On renonce à l'administration commune du mari et de la femme ; car « quoique l'égalité doive servir de régulateur à tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique » (5).

Le projet Jacqueminot est un nouveau pas dans cette voie. Il fut commandé par la loi même qui ratifia le coup d'Etat du 18 brumaire (6), et composé sous le gouvernement provisoire qui en était sorti. En ce sens, l'œuvre du Code civil se mariait à la puissance napoléonienne, dès son berceau. Ce projet incomplet est précédé — sous le titre : *Idées préliminaires* — d'un discours, où l'on relève deux phrases nobles et justes sur l'Assemblée constituante et sur la Convention (7). Il marque avec précision la voie où l'on s'engage. On ne songe plus à faire du nouveau et l'on

---

législation romaine aux règles établies par nos coutumes, et nous assimilons aux donations à cause de mort les dispositions faites entre époux pendant la durée du mariage ». — P. 165 : « Les Romains avaient conçu la tradition d'après cet esprit de formule dont Cicéron a si bien dévoilé la cause ».

(1) Fenet, t. I, p. 166 : « Les lois, dit Montesquieu, font souvent de grands biens cachés et de petits maux très sensibles. Tel a été l'effet des décrets rendus par la Convention nationale pour régler l'ordre des successions et les dispositions purement volontaires ».

(2) Fenet, t. I, p. 170 : « Par le contrat, ou la convention, dit Pothier, deux personnes réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent ou de donner, ou de faire, ou de ne plus faire quelque chose ».

(3) Fenet, t. I, p. 170 : « Jusqu'ici la lésion avait été comptée parmi les causes qui viciaient les contrats ; l'intérêt seul du propriétaire avait dicté cette règle. L'intérêt général nous a déterminé à la proscrire ». — P. 172 : « Il nous paraît inutile de consacrer par une disposition expresse, l'abrogation du sénatus-consulte Velléien ».

(4) Fenet, t. I, p. 146.

(5) Fenet, t. II, p. 156.

(6) Loi du 19 brumaire an VIII, qui remplace le Directoire exécutif par une Commission consulaire exécutive et les Conseils des Cinq-Cents et des Anciens par deux Commissions, composées chacune de vingt-cinq membres, art. 14 : « Enfin les deux Commissions sont chargées de préparer un Code civil ».

(7) Fenet, t. I, p. 328 : « Le premier besoin senti dès 1789, fut celui d'une entière refonte de la législation. C'était une tâche énorme ; elle effraya, pour ainsi dire, cette Assemblée même dont les fautes n'ont pu ternir la gloire et qui grandit à mesure qu'elle avance dans la postérité, parce qu'elle fut comme le dépôt de presque tous les talents de la France ». — P. 329 : « La Convention, qui n'entra guère en calcul des obstacles et qui, accoutumée à les vaincre, semblait ne plus les apercevoir, la Convention fut plus hardie que les Assemblées précédentes et chargea ses Comités de l'entière confection d'un Code civil ».

fait appel aux jurisconsultes (1). C'est aussi une réaction marquée contre les lois révolutionnaires qui avaient relâché et désagrégé la famille (2).

On arrive enfin au dernier projet, celui que prépara la Commission nommée par les consuls le 24 thermidor an VIII, celui qui devait être discuté par le Conseil d'Etat et le Tribunat, et voté par le Corps législatif. Le *Discours préliminaire*, signé de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Malleville, montre combien ces vétérans de la Révolution avaient abandonné les idées chimériques de ses premiers jours. Ils veulent même laisser entendre que Cambacérès, jusque-là le principal ouvrier de l'entreprise, ne les a jamais sérieusement partagées (3). Sauf qu'ils sacrifient à la légende en voie de formation, d'après laquelle on voulut voir dans Napoléon un collaborateur de génie à l'œuvre du Code civil (4), il n'est pas de meilleur philosophie législative que celle qu'ils professent.

Ils proclament, en effet, que « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ;... que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation ;... qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ;... que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles » (5).

La possibilité d'un Code si simple et si clair, qu'il pourrait être compris de tous, est mise au rang des fables : « Le peuple, dit-on, ne peut, dans ce dédale, démêler ce qu'il doit éviter, ou ce qu'il doit faire pour

(1) Fenet, t. I, p. 330 : « Nous avons eu beaucoup moins la prétention d'être neufs que d'être utiles. Nous nous sommes entourés de jurisconsultes recommandés par l'opinion et par l'estime publiques ».

(2) Fenet t. I, p. 329 : « C'est, en effet, à la réforme du Code civil et à son influence inaperçue que sera due cette épuration de nos mœurs, sans laquelle la République finirait par n'être plus qu'un vain nom, jouet de tous les vices et de toutes les ambitions... C'est elle qui mettra un terme au scandale de ces divorces continuels qui ont failli travestir le mariage en une sorte de concubinage avoué... C'est elle qui élèvera une barrière contre les fougueux écarts de la jeunesse ; c'est elle qui, resserrant des liens que les excès de la Révolution ont tant relâchés, garantira la paix de l'Etat par l'union des familles, et rendra les hommes plus faciles à conduire en les rendant meilleurs ».

(3) Fenet, t. I, p. 467 : « Le consul Cambacérès publia il y a quelques années un projet de Code dans lequel les matières se trouvent classées avec autant de précision que de méthode. Ce magistrat aussi sage qu'éclairé ne nous eût rien laissé à faire s'il eût pu donner un libre essor à ses lumières et à ses principes et si des circonstances impérieuses et passagères n'eussent érigé en axiomes de droit des erreurs qu'il ne partageait pas ».

(4) Fenet, t. I, p. 467 : « Enfin *il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine*, toute la constitution d'un Etat ».

(5) Fenet, t. I, p. 466-7.

avoir la liberté de ses possessions et de ses droits. Mais le Code, même le plus simple, serait-il à la portée de toutes les classes de la société? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens? Ne faut-il pas une certaine expérience, pour faire une sage application des lois?... Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fût à la portée du moindre citoyen » (1).

Par là même on réhabilite la science du droit, les travaux de la doctrine, les collections de jurisprudence, les recueils d'arrêts et de maximes (2) et, bien entendu, les juristes de profession. Par une visée aussi juste que profonde, la Commission établit fortement leur utilité sociale; elle montre en eux les véritables protecteurs de la liberté civile, ceux qui empêchent l'application arbitraire des lois : « Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes et devient comme le séminaire de la magistrature... Il est trop heureux que la nécessité où est le juge de s'instruire, de faire des recherches, d'approfondir les questions qui s'offrent à lui, ne lui permette jamais d'oublier que, s'il est des choses qui sont arbitraires à sa raison, il n'en est point qui le soient purement à son caprice et à sa volonté. — En Turquie, où la jurisprudence n'est point un art, où le bacha peut prononcer comme il veut, quand des ordres supérieurs ne le gênent pas, on voit les justiciables ne demander et ne recevoir la justice qu'avec effroi » (3).

Enfin le droit romain, qui, alors comme aujourd'hui, avait ses détracteurs, est l'objet d'un juste hommage : « La plupart des auteurs qui censurent le droit romain avec autant d'amertume que de légèreté, blasphèment ce qu'ils ignorent » (4).

Dès lors, que restait-il à faire aux commissaires, sinon à reprendre, en matière de lois, le courant national, à faire passer dans le Code civil, tel qu'il était parvenu jusqu'à eux, ce droit qu'au cours des siècles avait lentement produit l'âme du peuple français, comme elle avait formé sa langue, sa littérature et ses arts? C'est ce qu'ils virent clairement : « Quelle tâche que la législation civile pour un grand peuple! L'ouvrage serait au-dessus des forces humaines, s'il s'agissait de donner à ce peuple une

(1) Fenet, t. I, p. 471.
(2) Fenet, t. I, p. 470 et s.
(3) Fenet, t. I, p. 472.
(4) Fenet, t. I, p. 480.

institution absolument nouvelle, et si, oubliant qu'il occupe le premier rang parmi les nations policées, on dédaignait de profiter de l'expérience du passé, et de cette tradition de bon sens, de règles et de maximes, qui est parvenue jusqu'à nous et qui forme l'esprit des siècles » (1).

Mais cette histoire du droit civil français avait une phase toute récente, la dernière, celle de la Révolution. Elle ne comptait que dix années : 1789 à 1799. Mais ces dix ans semblaient avoir fait plus que les dix siècles antérieurs : c'était comme l'éruption soudaine d'une lave encore chaude, à côté des anciennes stratifications lentement formées. On ne pouvait répudier son œuvre, et les commissaires, fils de la Révolution, n'y songèrent pas un seul instant. Mais pouvait-on juxtaposer dans un Code le droit de la Révolution et le droit de l'ancienne France, et de cet amalgame résulterait-il une législation une et harmonique? D'instinct ils le pensèrent, et il est facile de montrer qu'ils avaient raison.

Somme toute, en matière civile, la Révolution n'avait statué que sur un petit nombre d'institutions: l'état des personnes, le mariage, les droits de famille, la propriété, les successions. Et les réformes qu'elle avait accomplies, si soudaines et si profondes qu'elles parussent, ne répugnaient point au génie et aux principes de notre ancien droit, surtout au droit des gens du tiers état. Elles avaient éclaté comme un coup de foudre, édictées en quelques heures par les assemblées révolutionnaires, mais elles avaient été préparées par un long travail de doctrine, auquel les juristes proprement dits avaient contribué pour une large part. Les registres de l'état civil étaient tout préparés par les Edits de 1736 et de 1787. Nos canonistes gallicans, en dégageant si clairement dans le mariage, aux XVIIe et XVIIIe siècles, la distinction du contrat et du sacrement, avaient ébauché le mariage civil. En présentant la propriété romaine comme l'idéal, nos juristes avaient condamné par avance la propriété féodale. Enfin, en matière de succession, si l'on écarte le droit d'aînesse et les autres règles propres à la noblesse et à la féodalité, les règles de nos coutumes en matière de rapport montrent que l'égalité successorale était déjà chère aux anciens Français. Non, le droit civil de la Révolution ne rompait pas avec la tradition nationale ; il la continuait et la complétait au contraire. Il en était la floraison dernière. Dans un discours du 19 octobre 1903, un grand orateur anglais, John Morley, s'exprimait ainsi au sujet des démocraties modernes : « Vous (Anglais) possédez la plus grande démocratie qui soit au monde. A la différence de la démocratie française, à la différence des Etats-Unis, la démocratie anglaise a été une tradition splendide et ininterrompue. Nous n'avons jamais rompu avec notre histoire » (2). Il

(1) Fenet, t. I, p. 466.
(2) M. John Morley à Manchester, *Standard* du 20 octobre 1903.

nous est permis de protester contre ces paroles : la démocratie française a aussi une tradition magnifique et ininterrompue ; elle se manifeste dans ce droit clair et juste, dont l'expression dernière se trouve au Code civil.

Les commissaires du Consulat pouvaient donc sans difficulté faire rentrer dans leur œuvre le droit ancien et le droit de la Révolution, sauf à atténuer ce que celui-ci présentait d'excessif dans l'ardeur d'une première poussée. C'est ce qu'ils ont fait délibérément : « Nous avons respecté, dans les lois publiées par nos assemblées nationales sur les matières civiles, toutes celles qui sont liées aux grands changements opérés dans l'ordre politique, ou celles qui, par elles-mêmes, sont évidemment préférables à des institutions usées ou défectueuses. Il faut changer quand la plus funeste des innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover. On ne doit pas céder à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. L'essentiel est d'imprimer aux institutions nouvelles ce caractère de permanence et de stabilité, qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes » (1).

La tâche ainsi conçue se présentait toute simple, pour certains des nouveaux Codes. Voici ce que dira plus tard à cet égard la Commission chargée de préparer le projet du Code de procédure civile: « Son but au surplus n'a pas été de créer des dispositions nouvelles; elle s'est fait au contraire un devoir de maintenir toutes celles qui ont paru utiles parmi les dispositions existantes. C'est ainsi que la partie du projet relative aux justices de paix est empruntée presque en entier à l'Assemblée constituante ; et la procédure qu'elle propose de faire suivre devant les autres juridictions, à l'ordonnance de 1667 » (2).

Pour le Code civil, la tâche était plus difficile. Les commissaires parlent bien dans des termes presque identiques de quelques ordonnances anciennes qui avaient unifié et codifié certaines parties du droit civil (celles de d'Aguesseau) : « En examinant les dernières ordonnances royales, nous avons conservé tout ce qui tient à l'ordre essentiel des sociétés, au maintien de la décence publique, à la sûreté des patrimoines, à la sûreté générale » (3). Mais la plus forte part n'avait pas été unifiée et l'on se trouvait en face de la variété des coutumes. Il fallait réduire à l'unité l'antinomie du droit coutumier et du droit écrit : « Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres sans rompre l'unité du système et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas

(1) Fenet, t. I, p. 481.
(2) Locré, *Législation civile, criminelle et commerciale de la France*, t. XXI, p. 18.
(3) Fenet, t. I, p. 481.

nécessaire de détruire ; les lois doivent ménager les habitudes quand les habitudes ne sont pas des vices » (1).

Voilà quelle fut l'œuvre propre des rédacteurs du Code. Ils l'ont accomplie avec une modération, une sagesse et une sûreté de main admirables. Ils n'ont guère créé ; dégageant seulement de temps à autre un résultat qui était simplement en germe dans le droit antérieur ou généralisant quelque règle particulariste, comme dans les art. 1138 et 2279 : mais ils ont tout mis à sa place et au vrai point. Ils ont dosé les éléments divers qui devaient entrer dans la combinaison avec un coup d'œil sûr et une main habile. Ils ne se sont guère trompés que lorsqu'ils ont hésité à prendre nettement parti, comme pour la transcription des mutations d'immeubles, entre l'ancien droit et le droit de la Révolution.

III

Quelle est donc l'originalité du Code civil ? Il semble qu'elle soit nulle. Il n'avait même pas celle d'être la première grande codification des temps modernes. Entre temps, la Prusse avait pris l'avance et en 1794 avait été promulgué l'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (2).

Cependant le Code civil a vécu et il vit encore. Depuis un siècle il assure aux Français la justice et la paix sociale, et, bien qu'aux admirations des premiers jours aient succédé des critiques souvent vives et parfois injustes, il reste debout, imposant et respecté. Son influence a largement rayonné au dehors, non seulement par les conquêtes militaires du premier Empire, mais aussi par la contagion pacifique des idées. Pour que cela fût possible, il fallait qu'il recélât en lui un principe puissant de force et de vie, c'est-à-dire une profonde originalité. Elle réside en deux qualités principales.

D'abord le droit qu'il contient est, nous l'avons vu, un droit historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non le rêve des individus.

En second lieu et surtout c'est une codification longtemps préparée et bien faite, chez un peuple qui avait, de longue date, l'habitude et le sens de la loi écrite et qui avait, par la pratique, appris l'art de la codification.

La première série de codifications qu'il avait opérée, c'était la rédaction officielle des coutumes sous l'autorité royale ; commencée dans la seconde moitié du XVe siècle, elle avait rempli tout le XVIe et déborda encore sur les siècles suivants. On dit souvent qu'avant la Révolution une grande

(1) Fenet, t. I, p. 481.

(2) Voyez sur ce Code, Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, 3e édit., t. I, p. 103 ; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, § 3, n° 3.

partie de la France — les pays coutumiers — vivaient sous l'empire de la coutume. Cela est faux. Les coutumes officiellement rédigées, décrétées au nom du roi, enregistrées par le Parlement, avaient pris presque tous les caractères de la loi écrite. Chacune d'elles (je parle des coutumes générales) formait un petit Code, où ne se trouvaient guère que des règles de droit privé. On avait alors rédigé des Codes civils à la douzaine et ces rédactions avaient été bien faites, d'après une bonne méthode, surtout celles auxquelles s'était appliquée la procédure définitivement arrêtée à la fin du xv[e] siècle. Les projets de rédaction avaient été soigneusement dressés au chef-lieu de la coutume, par les officiers de justice royaux, assistés des notables. Les commissaires, nommés par le roi pour aller sur les lieux faire la *publication*, c'est-à-dire discuter les dispositions avec les représentants des trois ordres et décréter les articles accordés, étaient choisis parmi les premiers magistrats et les meilleurs jurisconsultes. Ce n'est pas tout. Ces textes, si soigneusement arrêtés, avaient été commentés par la doctrine et pour beaucoup de coutumes, après la rédaction première, était intervenue une *réformation*, faite dans les mêmes formes, où les textes avaient été revisés, où l'on avait apporté les corrections et comblé les lacunes signalées par la doctrine ou constatées par la jurisprudence.

Une seconde série de codifications s'était produite sous Louis XIV et sous Louis XV. C'étaient les grandes ordonnances de Louis XIV : celle de 1667 sur la procédure civile, celle de 1670 sur l'instruction criminelle, celle de 1673 sur le commerce des marchands, celle de 1681 sur la marine, — autant de Codes, ceux-là généraux et uniformes pour tout le pays. Ces Codes avaient été très bien rédigés, préparés par des Commissions techniques, discutés dans des Conseils auxquels le Conseil du roi avait fourni ses meilleurs éléments. Sous Louis XV, c'étaient les grandes ordonnances dues à d'Aguesseau, préparées de la même manière, après consultation des grands corps judiciaires : une partie du droit civil — donations, testaments, substitutions — avait ainsi été codifiée dès cette époque. Enfin les règles et la langue de ces ordonnances, comme celles des coutumes rédigées, avaient été précisées par toute une littérature de commentaires.

Il est vrai que pour les coutumes la diversité subsistait, que les pays de droit écrit suivaient principalement les lois romaines et que d'un bout à l'autre de la France certaines matières d'importance capitale (peu touchées par les coutumes) — comme les contrats et obligations, les tutelles — étaient régies par les principes du droit romain. Mais un travail, plusieurs fois séculaire, introduisait là aussi la clarté et l'unité. Depuis le xvi[e] siècle, depuis le discours de Dumoulin, *De concordia et unione consuetudinum Franciæ* et l'*Introduction au droit français* de Guy Coquille, nos

grands jurisconsultes s'ingéniaient à créer un *droit commun coutumier*, soit en insistant sur le fonds commun à toutes les coutumes et en réduisant dans la mesure du possible et déconsidérant les règles particulières, soit en appliquant la coutume de Paris toutes les fois qu'il n'y avait pas de dispositions formelles contraires aux siennes. Pothier, dans ses œuvres françaises, représentait éminemment la première tendance, en même temps qu'il rédigeait pour la France entière le système des obligations; la seconde se traduit nettement au XVIII[e] siècle, dans l'ouvrage de Bourjon: *Le droit commun de la France et la coutume de Paris.*

Le droit romain recevait aussi en France son unité, sa simplification. Domat, au XVII[e] siècle, en avait fait, en langue française, l'exposition méthodique, dans son grand ouvrage, qui rappelle par sa noble et froide ordonnance les architectures contemporaines. La pratique des pays de droit écrit était résumée dans de nombreux ouvrages, au premier rang desquels sont les *Institutes* de Boutaric et de de Serres.

Ainsi, les rédacteurs du Code civil trouvaient, soit dans les codifications antérieures, soit dans la littérature juridique, tout préparés, exprimés déjà dans une langue précise et excellente, les principaux éléments de leur œuvre, puisqu'ils voulaient surtout emprunter au passé. Ils en ont largement usé, et l'on sait qu'un des moyens les plus sûrs pour les premiers interprètes du Code a consisté à rapprocher les articles des passages de Pothier, de Domat, Bourjon, Pocquet de Livonière, etc., qui en avaient fourni la rédaction ou qui les avaient inspirés.

La France du Consulat trouvait aussi dans le passé les bonnes méthodes de codification. On les suivit, et c'est une remarque judicieuse de M. Aucoc, que les Codes du Consulat et de l'Empire ont été rédigés à peu près dans les mêmes formes, et par les mêmes organes que les grandes ordonnances de Louis XIV. D'ailleurs, la Constitution alors en vigueur imposait par elle-même l'application de ces méthodes. Toutes les lois devaient d'abord passer par le Conseil d'Etat qui les discutait; lui aussi fournissait les commissaires pour dresser les premiers projets. Sans doute, ces lois étaient discutées au Tribunat; mais celui-ci ne pouvait qu'en proposer l'adoption ou le rejet pur et simple au Corps législatif, qui n'avait pas non plus le droit d'amendement.

Voilà comment fut accomplie cette œuvre vraiment nationale. Les commissaires du Consulat et les membres du Conseil d'Etat furent simplement les ouvriers de la dernière heure; ils bâtirent solidement l'édifice dont le plan était tracé d'avance et dont les matériaux avaient été choisis et préparés par les générations antérieures.

IV

Animés d'une haute philosophie législative, instruits par l'histoire contemporaine, grandiose et terrible, les commissaires ont prévu, d'un œil tranquille, les destins réservés au Code civil. Ils ne croyaient point avoir légiféré pour l'éternité. Ils soupçonnaient, dans leur œuvre, ces lacunes qu'on leur a si sévèrement reprochées de nos jours. Mais ils ne se sentaient point coupables, car les rapports, qu'on leur reproche de ne ne pas avoir réglementés, sont nés de la grande industrie et des valeurs mobilières, qui ne se sont développées qu'après eux. « Comment, disaient-ils, enchaîner l'action du temps? Comment s'opposer au cours des événements, à la pente insensible des mœurs? Comment connaître et calculer d'avance ce que l'expérience seule peut nous révéler? La prévoyance peut-elle jamais s'étendre à des objets que la pensée ne peut atteindre? — Un Code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent se présenter au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, restent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours, et ce mouvement, qui ne s'arrête pas et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau » (1).

Ce n'est pas cependant aux interventions nouvelles du législateur qu'ils songeaient pour compléter leur œuvre. Ils sentaient combien elles sont dangereuses, lorsqu'elles sont hâtives. Ils faisaient appel principalement à la jurisprudence. Non pas que personne songeât alors à professer les thèses hardies, qui surgissent de nos jours et qui voudraient transformer le juge en législateur. Les idées alors régnantes étaient en sens opposé. On voulait délibérément le joug impérieux et salutaire de la loi écrite : « Là où les juges ne sont pas des législateurs, écrivait Cambacérès, il ne suffit pas d'assurer l'autorité des lois par la justice; il faut encore qu'elles soient disposées de manière à écarter le doute par la clarté, à prévenir les exceptions par la prévoyance » (2). On aurait volontiers, à cette époque, restreint à l'excès le pouvoir du juge, et le Code civil réagit utilement contre cette exagération : « Sur le fondement de la maxime que les juges doivent obéir aux lois et qu'il leur est défendu de les interpréter, les tribunaux, dans ces dernières années, renvoyaient, par des référés, les justiciables au pouvoir législatif, toutes les fois qu'ils manquaient de loi ou que la loi existante leur paraissait obscure. Le Tribunal de cas-

(1) Discours préliminaire, Fenet, t. I, p. 469.
(2) Discours préliminaire du troisième projet de Cambacérès, Fenet, t. I, p. 141.

sation a constamment réprimé cet abus comme un déni de justice » (1).

Mais les commissaires allaient plus loin. Non seulement ils reconnaissaient au juge « l'autorité de statuer sur les choses qui ne sont pas déterminées par les lois » ; non seulement ils lui reconnaissaient « l'interprétation par voie de doctrine » ; mais ils admettaient la formation, sur le Code et à côté de lui, d'une véritable jurisprudence complémentaire : « Dans cette immensité d'objets divers qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis que la combinaison de plusieurs textes, qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois. Or c'est à la jurisprudence que nous abandonnons... les détails variables et trop minutieux qui ne doivent point préoccuper le législateur et tous les objets que l'on s'efforcerait inutilement de prévoir ou qu'une prévoyance précipitée ne pourrait définir sans danger. C'est à la jurisprudence à combler successivement les vides que nous laissons. Les Codes des peuples *se font avec le temps ;* mais à proprement parler, *on ne les fait pas* » (2).

Pour combler ces inévitables lacunes, ils ont même indiqué à quelles sources (en dehors de l'interprétation des textes) devrait puiser la jurisprudence : « Quoi que l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais remplacer entièrement l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie. Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés et leurs rapports si tendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tous... Il serait sans doute désirable que toutes les matières pussent être réglées par des lois. Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite ininterrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel ; car, si la prévoyance des législateurs est limitée, la nature est infinie, elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes ».

Ils ne s'étaient pas trompés. Depuis un siècle s'est accumulée sur le Code civil, une admirable jurisprudence, interprétative et complétive, telle qu'ils l'attendaient. C'est encore là un produit historique, qui, à nos yeux, doit être maintenant le principal objet d'étude pour les civilistes. Le législateur intervient de son côté ; il l'a fait souvent et sans bruit depuis une trentaine d'années. Mais il intervient prudemment, pour consolider une jurisprudence établie ou pour donner satisfaction à quelque

(1) Discours préliminaire de la Commission de l'an VIII, Fenet, t. I. p. 474.
(2) Fenet, t. I, p. 476.

doctrine longtemps et soigneusement discutée, qui triomphe enfin dans les esprits. En continuant à suivre cette méthode nous maintiendrons les principes qui ont présidé à la rédaction du Code civil ; nous concilierons, dans un développement organique, les deux forces qui font la vie, le progrès et l'équilibre, — jusqu'au jour où le texte même du Code sera menacé de disparaître sous les modifications et additions successives. Il faudra alors reprendre l'œuvre dans son ensemble et procéder à une rédaction nouvelle : et cette fois encore, pour faire une œuvre égale ou supérieure à la première, il suffira de bons ouvriers, fidèles aux anciennes méthodes et à la tradition nationale.

A. Esmein.

BAR-SUR-SEINE. — IMPRIMERIE Vᵉ C. SAILLARD.

